

Tres Respuestas Iusfilosóficas Después Del Holocausto Judío¹

Three answers iusfilosóficas after the jewish holocaust

Autores:

Ferney Asdrubal Rodriguez-Serpa²

Beliña Herrera Tapias³

Diego Fernando Rodriguez Casallas⁴

RESUMEN

El presente artículo de reflexión tiene por objeto describir tres respuestas de la filosofía del derecho a los hechos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, en especial a los relacionados con la escena dantesca de permanente sufrimiento y dolor de la dignidad humana de un pueblo como el judío, en algo que ni siquiera tiene nombre, pero le llaman Holocausto o estrictamente Shoá. La metodología para tal fin es estrictamente de un enfoque cualitativa y por respeto a la memoria historia, y en coherencia con ello, su método, tipo de estudio y demás es simétrico. Dentro de los resultados preliminares se encontró que dicha respuesta iusfilosofica proviene del paradigma critico social, el paradigma del consenso y la tensión paradigmática del debate Hart-Dworkin. Se concluye en el primero el aporte de la comunicación y el entendimiento humano desde la autocrítica; en el segundo la necesidad de un consenso racional entre ciudadanos libres iguales y el ultimo que el

¹ El presente artículo es resultado parcial del proyecto index “El contenido de la norma fundamental desde el paradigma interpretative”, adelantado dentro del grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad, de la Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia.

² PhD (c). En Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México; Magister en Derecho Procesal; Abogado; Sociólogo; docente de la Corporación Universidad de la Costa. Integrante de la Red Iberoamericana de Justicia Alternativa, Transicional y Restaurativa (Red ATR) ORCID ID: 0000-0002-8197-7010. rodriguezserpaabogados@gmail.com

³ PhD (c). En Derecho de la Universidad Externado de Colombia; Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Abogada, docente-Investigadora vinculada al grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad, de la Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia. ORCID ID: 0000-0002-5974-7040 bherrera3@cuc.edu.co

⁴ PhD (c). PhD (c). En Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México; Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. candidato a Especialista en Administración Pública Contemporánea ESAP. Docente Pregrado y Post grados ESAP Docente Investigador Tiempo Completo UB. Programa de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Boyacá. ORCID ID: 0000-0002-0030-9265 dieferrodriguez@uniboyaca.edu.co

derecho no descansa solo en reglas, también en principios y en la responsabilidad del juez de asumir los derechos en serio y reconocer las necesidades de discrecionalidad judicial.

Palabras clave:

Holocausto, escuela crítica, consenso, regla-principios y discrecionalidad.

ABSTRACT

The present article of reflection aims to describe three responses of the philosophical law to the events of the Second World War, especially those related to the Dantesque scene of permanent suffering and pain of human dignity of a people like the Jewish , in something that does not even have a name, but they call it Holocaust or strictly Shoah. The methodology for this purpose is strictly a qualitative approach and out of respect for the history memory, and in coherence with it, its method, type of study and others is symmetrical. Within the preliminary results it was found that said iusospheric response it comes from the social critical paradigm, the paradigm of consensus and the paradigmatic tension of the Hart-Dworkin debate. It concludes in the first the contribution of communication and human understanding from self-criticism; in the second, the need for a rational consensus between equal free citizens and the latter that the law does not rest only on rules, but also on principles and on the judge's responsibility to assume rights in earnest and recognize the needs of judicial discretion.

Keywords:

Holocaust, critical school, consensus, rule-principles and discretion.

Introducción

A raíz de los hechos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial, y puntualmente, los horrores a los cuales fueron sometidos el pueblo judío en el holocausto en los diferentes campos de exterminios como el Auschwitz, la filosofía del derecho, especialmente la encarnada en el iuspositivismo decimonónico no logro dar respuesta a los sistemáticos abusos del derecho y a las diferentes manipulaciones que en nombre de la autoridad de la ley se cometieron por parte del régimen nazi de Adolfo Hitler.

De conformidad con lo plateado, ocurrirían dos cosas, de una parte, quedaba claramente demostrado que el derecho positivo no tenía en su estructura la posibilidad de proveer lo que había ocurrido, pues carecía de ductibilidad como sistema, de modo que era rígido, coercitivo, subsuntivo y formalistas, pero frágil ante la manipulación de una débil democracia representativa (Eberhardt, 2015) secuestrada por la dictadura del partido único (Ricciutti, 2006).

En este sentido, la falta de un catálogo de derechos humanos, de un tribunales constitucionales y garantías de protección de los derechos civiles y políticos, acompañados de la ausencia en absoluto de ponderación y discrecionalidad en la toma de decisiones facilitara que la ceguera de la razón instrumental (Natera, 2008) cosificara el proyecto de los modernos (Aranguren, 2015).

Como segundo, ocurrirían que no solo el derecho positivo, no sería capaz de proveer lo que había pasado en la Segunda Guerra Mundial, sino que no tenía la capacidad de garantizar el derecho sustancial de las víctimas del Reich (Dwork, 2016), ni tampoco de dar respuestas de imputación objetivo en los juicios de Nürembert (Huhle, 2011), y en los diferentes tribunales que a futuro se instauraran para juzgar crimines de guerra y de lesa humanidad como el cometido contra el pueblo judío.

Por lo anterior, la teoría del derecho y la filosofía del derecho en general en medio de la desesperanza, gestan nuevas corrientes de reflexión para dar respuesta no solo a los hechos que parecían inevitables -como los acontecidos antes de la mitad del siglo XX, en la tierra del gran Kant, Hegel, Marx, Beethoven, entre otros grandes- si no también, para enjuiciar cualquier atrocidad en contra de la humanidad en el futuro. Por tal razón, es pertinente la siguiente pregunta problema: ¿Cuáles son las tres respuestas iusfilosóficos más representativos, distintas al positivismo jurídicos después del holocausto judío?

Para dar respuesta a la planteado, se propone la siguiente lógica de trabajo en el presente artículo: 1) La propuesta iusfilosófica de Jürgen Habermas en la acción comunicativa extendida al derecho en facticidad y validez; que encaja en el paradigma crítico; 2) la teoría de la justicia como equidad del profesor de Harvard John Rawls que representa el paradigma del consenso y 3) la tensión paradigma Hart vs Dworkin entre la discrecionalidad y el derecho como integralidad que trasciende los problemas de positivismo formalista del siglo XIX y parte del del inicio del siglo XX y el iusnaturalismo ortodoxo.

I. La respuesta del paradigma crítico en el pensamiento de Jürgen Habermas.

Uno de los primeros intentos de dar respuesta al holocausto judío, proviene del paradigma crítico, en especial, de uno de sus representantes más destacado en los últimos 50 años, el sociólogo alemán Jürgen Habermas, el más destacado en la segunda generación de Frankfurt, y al cual, en los últimos años se le adjudican grandes aportes desde su teoría de la acción comunicativa. Aportes que se extendieron a propósito a las ciencias sociales, a la educación, a las ciencias políticas como el diseño de la comunidad europea, junto con Ferrajoli y Jean Derrida, y por supuesto -no está de menos destacar- los aportes a la filosofía del derecho de finales del siglo XX y de principios del XXI, en su obra facticidad y validez.

La propuesta de Habermas no deja de ser considerada romántica, el teórico alemán, considera que el proyecto ilustrado esta inconcluso, y en tal sentido, hay que terminarlo. Para ello, la teoría de la acción comunicativa busca reconciliar a través de la idea de comunicación intersubjetiva entre hombres libres e iguales el proyecto moderno colonizado por la racionalidad instrumental (Habermas, 1993).

Los hechos del Tercer Reich, evidentemente marcaron la crisis más profunda de la razón y visibilizaron el fracaso más grande del Estado Moderno,

hijo de la modernidad. Sin embargo, muy a pesar de ello, Habermas (1993) insiste en dar una respuesta tanto al proyecto inconcluso descrito, y en efecto a los hechos de la irracionalidad nazi en los años 30 y 40 del siglo pasado.

Para poder desarrollar su idea es preciso señalar dos cosas más, de un lado no es posible una respuesta, sino se hace primero una crítica desde la acción comunicativa sobre lo que paso, y segundo, se debe destacar que una de las claves en la doctrina habermarsiana se encuentra en la categoría de validez y legitimidad del Estado moderno.

En este sentido, teorizar sobre la acción comunicativa implica una rehabilitación de la razón práctica (Fabra, 2008). En el momento existen múltiples visiones orientadas hacia la posibilidad de racionalidad en materia de razón práctica, es decir, “aquellas cuestiones que tiene que ver con la justificación racional del curso de acción, de normas” (García, 2000, p. 4). Y por supuesto de reflexiones en torno al carácter legitimario del Estado Moderno.

La acción comunicativa en este sentido permite indagar sobre los fundamentos y objetivos a la pregunta sobre los caracteres que configuran la legitimidad del poder estatal y sus normas. De esta forma, de acuerdo a la interpretación –en superficie- de la teoría de la acción comunicativa, sería un Estado legítimo, aquel que el ejercicio del poder es expresión o resultado del arbitrio libre de los ciudadanos.

Esta voluntad de acuerdo a la teoría Habermarsiana se forma con arreglo de unas reglas procedimentales que aseguran la ausencia de distorsión, manipulación o coacción (García, s.f), con lo que las normas que el Estado dicta y los ciudadanos obedecen son manifestación de un consenso que es fruto de un proceso decisorio de la imparcialidad y expresión del interés general.

Proceso decisorio este que es viable gracias al papel transversal de la acción del lenguaje. En esta lógica, asegura, el filósofo alemán que la existencia de la sociedad y del orden social, solo es posible a través de la comunicación lingüística. Según la teoría los sujetos al comunicarse se despojan de la “lógica egocéntrica” y adoptan una perspectiva intersubjetiva. En este sentido “todos los derechos subjetivos tienen sentido intersubjetivo por estar fundamentados sobre el reconocimiento recíproco de sujetos cooperantes de derecho” (Habermas, 1998).

Esta perspectiva intersubjetiva, permite comprender que cuando se comunica se aspira al entendimiento con la alteridad, lo que significa que se tiene la pretensión de llegar acuerdos. Por tal razón el “telos inmanente” de todo acto de habla será la búsqueda del consenso racional (García, s.f.a). Cuando se habla según Habermas, se eleva una “pretensión de validez” para lo que se sostiene. De igual forma, en toda comunicación se realiza una oferta de comprensión. En este punto puede ocurrir que el interlocutor este de acuerdo de inmediato, lo que significa que se ha logrado el consenso, no obstante, puede suceder que nazcan diferencia o desacuerdos (García, s.f.a).

En este segundo caso, cuando la teoría de la acción comunicativa no genera el acuerdo inicialmente o consenso, los sujetos comunicantes se ven obligados acudir al “discurso” es decir al intercambio de razones (García, s.f.a). Este es sin duda el nivel más agudo de la teoría del profesor alemán. De ahí que la acción comunicación va acompañada de razones que se deben plantear en el discurso para llegar acuerdos racionales, o sea argumentos relacionados con los imperativos inmanentes a la acción comunicativa, es decir de la búsqueda de un consenso razonable que sea la base de la generación de expectativas ciertas, creíbles y en efecto guías de acciones (García, s.f.a).. El aval entonces será la argumentación que se efectúe en el intercambio de razones y su carácter será cuando se respeten ciertas reglas discursivas que tiene su fundamentación, puesto que son imperativos hipotéticos posibilitan el entendimiento mismo, ya que

se presupone siempre la comunicación como opción y no la violencia como acontece en la visión naturalista de Hobbes, reivindicadas en los tiempos de la Alemania Nazi.

La teoría de la acción de Habermas es universalista, se corrobora al comprender que esas reglas inmanentes a la comunicación, que se entregan por supuestas como válidas al comunicar, son reglas de carácter universal debido al carácter universal de la propia comunicación. Esto significa – según el profesor García Amado (s.f.a) – que la argumentación racional será aquella que tienda a un acuerdo potencialmente universal, con lo que el consenso racional es aquel que se da en torno a tesis universales.

Las reglas de la argumentación racional que toma Habermas de Rober Alexy tienden a garantizar la imparcialidad frente a la parcialidad del uso estratégico de la razón comunicativa. El profesor español García Amado quien es un agudo lector de Habermas ofrece un ejemplo significativo. Nunca podrá sostenerse como racional la tesis de que sea justa la esclavitud de una raza, puesto que para ello sería necesario el acuerdo de los propios esclavos y en su efecto tal acuerdo necesario de un discurso en el que los argumentantes partieran en perfecta igualdad y libertad. Por consiguientes no cabe, pues imaginarse, la legitimidad de un Estado esclavista (García, s.f, p. 17).

En todo caso, “Habermas advierte sobre las estructuras creadas en el seno del positivismo, que muy a pesar de su “doble dimensión de derecho de libertad y de coacción, necesitaba de una justificación práctica a través de su vinculación a una moral de principios” (Chavarro, 2006, p. 106). Con ello Habermas, logra separarse severamente del derecho positivo kelseniano, que no fue capaz de aceptar una concesión axiológica en su teoría pura del derecho.

De esta forma Kelsen se equivocaría diría Habermas (citado por Chavarro, 2006) al “reducción (...) la validez del derecho a su mera existencia, lo cual

implica, la exclusión de una fundamentación racional del derecho y, por ende, de la constelación razón-voluntad” (p. 122) En este orden de ideas, “la desestimación kelseniana de la fundamentación de la legitimación del derecho en la teoría contractualista se abraza a dos postulados: la fusión inadecuada de los planos del ser y del deber ser a través de la voluntad y la fundamentación del contrato social en una ficción: la libertad del individuo” (Chavarro, 2006, p. 122).

En todo caso, pese a los desencantos en autores como Kelsen y el escepticismo en otros como Gunther Teubner (citado por Bourdieu & Teubner, 2005), señala que no es posible la integración normativa de la sociedad moderna, dado a la ubicación de los conflictos desintegradores de las diferentes racionalidades dentro del sistemas y los subsistemas. Habermas insiste en que si es posible la legitimidad del sistema y en efecto de las normas de acción que lo configuran a él y toda acto, sujetos e institución que así lo quiera.

La legitimidad habermarsiana descansa en el principio fundamental de la ética del discurso que señala que “pueden pretender validez precisamente aquellas normas que pudiesen encontrar el asentamiento de todos lo potencialmente afectados si estos participasen en discursos racionales” (Habermas, 1998, p. 193).

Ahora bien, este principio representa la forma más aguda de la participación democrática de los ciudadanos, el cual, solo es posible garantizar a través de la conquista de los derechos políticos que deben de permitir en palabras de Habermas (1998) “todos los procesos de deliberación y decisión relevante para la producción de normas, de modo que en ello pueda hacerse valer por igual la libertad comunicativa de cada uno” (p. 193)

Solo con la mirada a este principio es suficiente para observar que en los tiempos del Tercer Reich no existió pretensión de legitimidad y mucho menos de validez en todas las normas y decisiones que se predicaron en su momento, y si

existieran reduciría a la ecuación legitimidad igual legalidad. La propuesta de Habermas en este sentido, responde a una sociedad alemana y toda aquella que lo necesite, para que cuestione el carácter de legitimidad de las normas de acción que lo gobierna.

En otros términos, la legitimidad dada por el principio discursivo, no solo es legitimidad procedimental de lo acordado, es garantía del acuerdo, porque finalmente el principio de habermasiano descansa en una norma que adquiere la condición de validez. Para Habermas entonces “el derecho es un dispositivo, es un instrumento para concretar y dar estabilidad a los acuerdos. El derecho es acción instrumental. Pero es una acción instrumental absolutamente necesaria si la acción comunicativa ha de tener sentido desde el punto de vista de los acuerdos sobre mínimos” (Hoyos, 2003, p. 2).

El Estado Moderno se estructura en derecho positivo, racionalmente legislado, con lo que se convierte en una nueva dimensión tanto de validez, como de legitimidad, la validez como legalidad. Con ello dice Habermas (citado por García, s.f.a) “se introduce un nuevo eslabón en la cadena de fundamentación de la validez jurídica”. La validez jurídica de las acciones se juzga desde las concretas normas y la validez de estas se determinada desde otras normas del propio ordenamiento, en términos formales. Con ello el problema de la validez del derecho en términos de racionalidad discursiva o práctica se remite al análisis de los caracteres básicos del ordenamiento jurídico, especialmente en sus normas superiores, pero en esencia no trasciende a un esfuerzo racional de fundamentación procedimental y de resultado.

Normas superiores, que en este caso se ubica en la legitimidad, como legalidad, y en efecto, en la validez discursiva de la asamblea nacional constituyente, y su producto, la constitución política y todas las normas derivadas a partir de ese gran acuerdo, llámense actos legislativos reformativos de la

constitución o leyes en sentido amplio que reglamentan orgánicamente el ordenamiento jurídico o las relaciones a partir de lo que se conoce como derecho ordinario.

II. La respuesta del paradigma consensual de John Rawls.

Aunque el paradigma consensual de Rawls no fue pensado para dar respuesta a los problemas del holocausto, se cree que su aporte a partir de un modelo neocontractualista posibilita la consolidación de una sociedad democrática, como una sociedad política con sólidas bases morales como bases de igualdad política que excluye al Estado confesional o aristocrático, por no hablar de un Estado de castas, esclavista o racista, como el régimen nazi (Rawls, 2002, p. 46).

La propuesta teórica de Rawls, parte de una reacción contra el utilitarismo. El profesor Norte Americano, “plantea que la idea principal del utilitarismo es que cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es justa” (Caballero, 2006, p. 3). Parafraseando al teórico de la justicia, esta idea es incorrecta pues “reduce el juicio moral a la utilidad” (Caballero, 2006, p. 4)

Y sería un contrasentido diría textualmente Rawls (citado por Caballero, 2006) ver que “un individuo que se dé cuenta de que disfruta viendo a otras personas en una posición de menor libertad entiende que no tiene derechos de ninguna especie a este goce. El placer que obtiene de las privaciones de los demás es malo en si mismo: es una satisfacción que exige la violación de un principio con el que estaría de acuerdo en la posición original” (p. 4).

La propuesta de Rawls sobre la justicia como equidad es perfectamente recontextual a los sucesos de la Alemania del hundimiento irracional. Esta idea de justicia parte de la “capacidad moral que todos los hombres tienen para juzgar las cosas como justas o no, apoyando aquellos juicios de valor en razones, actuando de acuerdo con ellos y deseando que los demás actúen igual, pues con ellos y su respectiva conducta” (Chacón, 2010, p. 197).

Si se mira la propuesta teórica de Rawls, frente a los infortunios del pueblo germano, esta idea es perfectamente compatible. Las facultades de distinguir lo bueno de lo malo, es y era en los términos de Kant un “imperativo categórico” (Malishev, 2014) de todo hombre racional saber que los otros tienen los mismos derechos y que se constituyen en fines en sí mismo, y no son objetos de instrumentalización o medio alguno para los fines perversos como los consumados en el Holocausto en los campos de concentración.

La justicia como equidad de Rawls, busca resolver la tensión latente de dos principios de justicia como la libertad e igualdad, clave para comprender las instituciones básicas de la sociedad. Esta teoría es una “concepción política de la justicia para el caso especial de la estructura básica de una sociedad democrática moderna (...) Se centra en lo político (en la forma de la estructura básica), que no es más que una parte del dominio de lo moral” (Rawls, 2002).

Ahora, para comprender mejor la propuesta de Rawls, es pertinente acuñar nuevos requisitos y categorías. Una de ellas estriba en los requisitos de quienes pueden ser considerados ciudadanos libres e iguales, y en efecto, reunir las dos facultades morales señaladas. Una de esas “facultades es la capacidad de poseer un sentido de la justicia: es la capacidad de entender, aplicar y obrar según los principios de la justicia política” (Rawls, 2002, p. 38); (...) la otra, “facultad moral es la capacidad de poseer, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. Dicha concepción consiste en una familia ordenada de fines y objetivos

últimos que define la concepción que tiene la persona de lo que tiene valor en la vida humana” (Rawls, 2002, p. 43).

Para llegar a este punto los hombres libres e iguales necesitan de justicia y solo esta es posible en una sociedad bien ordenada, donde todos cooperan para hacer posible la vida de todos y mejor que la que pudiera tener cada uno si viviera únicamente de sus propios esfuerzos, de este modo los ciudadanos han de establecer unos principios que harán posible la colaboración (Migliore, 2002, p. 117). Con ello se plantean Rawls los siguientes bienes básicos de todos los hombre libres e iguales 1) derechos y libertades básicas; 2) libertad de desplazamiento y de elección de ocupación; 3) poderes y prerrogativas de los puestos y cargos de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas; 4) ingreso y riqueza; 5) bases sociales de respeto a sí mismo (Rawls, 2002).

De otra parte, el ideal de una sociedad democracia de hombres libres e iguales y justa requiere para Rawls partir de una idea contractualista, la cual como todas las teorías de clásicas contractualistas de la modernidad tiene como punto de partida un Estado Natural hipotético. Rawls, sin embargo, hace su planteamiento contractual e hipotético sin explicar el mítico Estado Natural, es mas ni siquiera lo piensa.

En este sentido, el profesor Rawls, parte de una hipotética posición original, en la cual las personas se reúnen para plantearse los principios de justicia que permitan a todos vivir y actuar como personas morales libres e iguales. En esta posición original, todas las personas tienen un velo de ignorancia, pues nadie sabe el lugar que ocupa en la sociedad, ni su condición. Una vez puestas de acuerdo las personas sobre estas circunstancias, las personas pueden buscar la realización del bien para todos desde una perspectiva racional, no fáctica, pues acuérdesse que lo factico fe excluido en la posición original a través del velo de ignorancia (Guzmán, 2006, p. 39).

En otras palabras, “la posición original, no se permite a las partes conocer sus posiciones sociales o las doctrinas comprensivas particulares de las personas a las que representan. Tampoco conocen la raza y el grupo étnico de las personas, ni su sexo o sus diversas dotaciones innatas tales como el vigor y la inteligencia” (Rawls, 2002, pp. 39-40). Adicionalmente, elimina las posiciones ventajosas de negociación que inevitablemente surgen con el tiempo en cualquier sociedad como resultado de tendencias sociales e históricas acumulativas (Rawls, 2002, p. 40).

Por su parte el velo de ignorancia tiene como función establecer un procedimiento equitativo que garantice que, cualesquiera que sean los principios convenidos, estos serán justos (Guzmán, 2006, p. 39). Este velo de ignorancia va acompañado de criterios de reciprocidad, razonabilidad y racionalidad. Este acuerdo, permite que los ciudadanos adopten públicamente los acuerdos sobre una concepción política de justicia como equidad. Este acuerdo es lo que permite llegar a la idea contractualista de un consenso entrecruzado entre individuos que profesas distintas doctrinas comprensivas razonables (Hoffmann, 1998, p. 80). En tal consenso las doctrinas que hacen parte del consenso entrecruzado aceptan las concepciones políticas acordadas desde el punto de vista propio de cada una de ellas (Hoffmann, 1998, p. 80), en medio de un pluralismo razonable y con ello llegar a mínimos fundamentales.

La idea de pluralismo razonable para John Rawls (2002) implica:

“no existe semejante doctrina, en la que se pongan de acuerdo para dejar sentadas las cuestiones fundamentales de la justicia política. Por el contrario, en una sociedad bien ordenada la concepción política es afirmada a través de lo que llamamos un consenso entrecruzado razonable. Con esto queremos decir que la concepción política es apoyada también por doctrinas religiosas, filosóficas y

morales razonables, aunque opuestas, que atraen a numerosos partidarios y que perduran a lo largo del tiempo de una generación a otra” (p. 59).

Con esto Rawls (2002) demuestra que ninguna doctrina es la mas razonable para determinara el régimen constitucional, no obstante, no debe de suprimirse ninguna doctrina, sino todo lo contrario garantizar la coexistencia de todas ellas, respetándolas y garantizándolas en el liberalismo político. Esto permite que los mas desventajados en la sociedad, por diferentes razones económicas y sociales acudan en nombre de la misma sociedad de la cual hacen parte a una concepción publica de justicia, que por ser pública y no obedecer a una doctrina en particular puede ser abrazada por ciudadanos profundamente distanciados por sus ideologías y sus creencias particulares (Hoffmann, 1998, p. 80).

La respuesta en suma del paradigma del consenso transita en el hecho de establecer una constitución que garantice el pluralismo razonable entrecruzado, con denuncia pública en caso de su incumplimiento. En la Alemania Nazi, el referente constitucional, era la carta de Weimar de 1919, sin embargo, dicha carta no solo tenía el sesgo ideológico de la izquierda en su momento, producto de la falta de deliberación, pues un año antes había terminado la primera guerra mundial y poco se había discutido una idea constitucional razonablemente que incluyera todo el pensamiento ideológico pre-nazi, y pudiera haber hecho entrar en la razón deliberativa este malestar cultural que lamentaría la humanidad años después.

El Tercer Raice, no va tener un fundamento constitucional, todo lo contrario, la constitución de Weimar va ser destrozada por los Nazi, a través de la figura de estado de excepción, y con ello va prevalecer la idea dominante del Estado-legislador, pues como se ha dicho, los Nazi no solo eran en el parlamento alemán

las mayorías, sino el partido único al servicio de los intereses demoniacos del führer

III. La respuesta de la tensión paradigmática de Hart vs Dworkin.

El siglo XX se caracterizó, por ser un siglo de grandes debates académicos y científicos. Ejemplo de estos, es sin duda el debate en torno a la discrecionalidad judicial (Masciotra, 2016) en los casos difíciles del derecho, el cual ha sido una de esas grandes discusiones del siglo que paso, en la que se enfrentaron dos teóricos de peso como Hart y Dworkin (Rentería, 2017).

En materia, la diferencia de estos autores no es entorno a los casos difíciles, pues si de algo están de acuerdo es que existen. La diferencia radica en la perspectiva jurídica y metodológica como resolver estos casos, donde se defiende, por una parte -Hart-, la discrecionalidad y la indeterminación del derecho como característica de la negación de la única respuesta correcta; y de otra parte -Dworkin-, quien negó todo tipo de discrecionalidad y se muestra fuerte a la posibilidad del hallazgo de la única respuesta correcta.

De conformidad con este planteamiento, Manuel Atienza (2009), señala que la tesis de Ronald Dworkin, en relación a la ontología de la respuesta correcta, presupone: 1) que los principios hacen parte de la integralidad del derecho, 2) un juez Hércules sería capaz de encontrar esa respuesta, y por tanto no tendría razón alguna acudir a la discrecionalidad de los jueces o libertad razonable de la jurisdicción, pues la inmensa capacidad del juez lo debe conducir a encontrar una solución en el sistema jurídico, visto como integralidad

Este primer presupuesto de Dworkin, es negado por “el legado de Austin y Kelsen en lo que se refiere a la interpretación de la ley positiva como mandato conclusivo, no sujeto a aplicación de principios abstractos” (Echeverría, 2008, p. 204), el segundo presupuesto tiene como dificultad según Aulis Aarnio (citado por

Atienza, 2009) en hallar realmente un Hércules más fuerte, más poderoso infinitamente

De otra parte, frente a la tensión de H.L.A. Hart y Ronald Dworkin sobre la discrecionalidad judicial. Hart, defiende la tesis que afirman que en determinados sistemas jurídicos es inevitable la existencia de vacíos, lo cual “nos advierte sobre el hecho de que el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto y por lo tanto provoca que en tales situaciones sea el juez quien decida indefectiblemente, en ejercicio de una cierta discrecionalidad” (Escudero, 2004, p.13).

Contrario a esta tesis, Dworkin señala que, en los casos difíciles del derecho, los jueces no pueden decidir discrecionalmente como piensa Hart, pues si llegara a existir tal discrecionalidad judicial, los jueces estarían invadiendo las funciones del órgano legislativo. Es más, no deberían de crear derechos, sino limitarse a tutelar o denegar los derechos que los sujetos procesales tenían antes de su decisión.

La eficacia de esta función, Dworkin establece que los principios se constituyen en los materiales que le permiten al juez las respuestas correctas. Esta respuesta sería entonces, “la afirmación que estuviere apoyada por los mejores argumentos” (Bonorino & Peña, 2002, p.61).

No obstante, se difiere de Dworkin ampliamente en varios aspectos, de una parte, al negar la discrecionalidad del juez bajo la idea de que no es necesaria a la luz de un sistema jurídico perfecto, es absurdo, la historia lo ha demostrado no hay sistema normativo, perfecto y en este sentido la tesis de Hart, resulta más lógica.

La discrecionalidad si bien puede provocar los abusos por partes del juez, es una garantía del Estado Jurisdiccional ante los errores por acción u omisión de la racionalidad del legislador, como ocurrió en la Alemania Nazi, donde el legislador era en absoluto pro-nazi y con ello, lograron por vía de legalidad, la

validez y legitimidad de toda su barbarie. La discrecionalidad permite verdaderos jueces directores, verdaderos jueces tropos capaces de ordenar y sanear los vicios dentro sistema normativo, como es el caso del papel corrector de los tribunales o corte constitucional colombiana (Rodríguez & Ospina, 2009).

Ahora la visión de Dworkin para huir y defenderse de la crítica, lo hace a partir de un enfoque de derecho como integralidad capaz de hallar, siempre una respuesta correcta. Sin embargo, esta no es una tarea fácil, o sea que es del mismo nivel de la naturaleza de los casos difíciles. Esto significa, que se requiere de un juez capa de observar la integralidad del sistema jurídico y los posibles problemas y conflictos intersubjetivo que se presenten en el. De acuerdo a esta lógica, este sería el escenario ideal de un juez con capacidades extraordinarias para establecer la ontología de la respuesta correcta en un caso difícil.

Así las cosas, este juez, sería el mítico juez Hércules, el cual, según el iusteorico francés Francois Ost (s.f), “Se presenta en todas los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor, el juez Júpiter que se aparaba en la sombra del código, pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene en el postcontencioso sigue la evaluación del dossie, adapta sus decisiones al grado de circunstancias” (p. 177)

Frente a los desgarradores hechos del holocausto judío, ¿la propuesta del juez Hércules sería una solución? ¿La visión de integralidad jurídica del juez podría haber frenado los avatares en los tiempos del Nacional Socialismo alemán? La respuesta es un si categórico, un juez Hércules es un juez justo, que asume los derechos en serio y quizás no hubiese permitido el estrangulamiento de los incipientes derechos que se habían ganado en la constitución alemana de 1919.

En otros términos, la propuesta de Dworkin es de la base de un super-parte o tercero como el juez, no obstante, en los tiempo de la Alemania Nazi toda reacción al irracionalismo fue tardía ante el determinismo del régimen positivo

ortodoxo y formalista que redujo el derecho a la ecuación derecho igual norma jurídica, y en consecuencia valido simétricamente legitimidad y legalidad, normalizando institucionalmente la doctrina del partido único y en efecto, en la creación de normas para el régimen del Tercer Reich, como las leyes del 15 de septiembre de 1935: a) la ley de ciudadanía del Reich; b) la ley de bandera del Reich; c) La ley de protección de la sangre y honor alemán y los decretos 14 y 15 sobre quien era considerado judío, raza y religión.

En este último sentido, triunfa las tesis de Schmitt que “sugiere que el poder del presidente lo facultad no solo para adoptar las medidas necesarias para restablecer el orden sino también para suspender determinados artículos de la constitución. Schmitt, justifica así la conversión del presidente en un dictador comisario en circunstancias de crisis” (Quintana, 2012, pp. 211-212), como las que padecía Alemania antes de que Hitler llegara al poder e instaurara su régimen del terror.

Después del holocausto, no es posible aceptar el terror, las ciencias sociales y humanas, están alerta de cualquier pretensión neonazi para desnudarlas al mundo, de modo que por fortuna la respuesta iusfilosófica de Hart y Dworkin permiten disuadir pretensiones autoritarias y de irracionalidad en contra de la humanidad.

Para explicar este es necesario advertir que la propuesta Hart y Dworkin, si bien son antagónica, no significa que no puedan dialogar y llegar acuerdos mínimos sobre lo fundamental. Sin embargo, un acuerdo solo es posible a través de una recontextualización o relectura la teoría de los autores desde la autocrítica que dejaron de prever en su momento y que hoy han de tener respuestas en el juez constitucional con las herramientas construidas en las perspectivas de los profesores de Oxford

En la praxis, el constructo teórico de Dworkin resulta paradójico, por un lado, su representación en Hércules le otorga poderes extraordinarios, pero, por otro lado teme que este pueda ser un creador de derecho, y en consecuencia, desborde los límites del sistema jurídico en búsqueda de respuestas extrasistémica.

La realidad de Hércules en la contemporaneidad es distinta a la cualificada por Dworkin, el juez Hércules ha crecido, y a conciliado con los planteamientos de Hart. De esta forma, se evidencia este mítico juez en el ejercicio de los jueces constitucionales en el mundo, los cuales si bien construyen la fundamentación de sus decisiones en una teoría principialística, o neoconstitucionalista, también es cierto que muchas de estos principios no están previstos en el sistema jurídico y han de acudir a respuestas metasistémicas, para asumir lo que Dworkin categóricamente titula en su obra “los derechos en serio,”, es decir, un serio compromiso por parte del juez constitucional, como hasta la fecha ha sido en la mayoría de países que tienen un tribunal constitucional.

La discusión Hartiana y Dworkiniana en este caso, se centra en la teoría de los derechos fundamentales innominados, los cuales para el primero, son una consecuencia de la aceptación de la imperfección del sistema jurídico, que ha de prever las fisuras en materia de protección de derechos fundamentales en el presente y en el devenir, y por ello debe dejar las puertas abiertas para que la discrecionalidad del juez de acuerdo a las circunstancias históricas los pueda crear.

Por su parte Dworkin ha de entender que dicha teoría, representada en una disposición constitucional como el artículo 94 para el caso de la carta política en Colombia, no es más que una facultad otorgada al juez para buscar el mandato de optimización o principio dentro del sistema jurídico y visibilizarlo, pues este está ahí, y ha estado ahí, simplemente van respondiendo a las necesidades históricas

de su tiempo. En tal sentido, tal labor no es nada fácil requiere de un juez con cualidades intelectuales extraordinarias que haga posible hallar los principios pertinentes orientados a la única respuesta correcta.

Como se observa ambos coincidente, pero son antagónicos desde la perspectiva filosófica en la cual se atrincheran. Esto no explica quién tiene la razón, pero sí permite comprender que dichos principios desde la integralidad de Dworkin y la indeterminación de Hart, se puede comprender solo desde la fundamentación que se le otorgue, la cual, ha de permitir entender si es sistémica o extrasistémica, es decir, desde el sentido y significado que se le atribuye en la motivación de los principios.

Conclusiones.

Para el paradigma crítico del profesor alemán Jürgen Habermas, el principio del discurso es el argumento más poderoso tanto procedimental como resultado del procedimiento para medir las condiciones tanto de legitimidad del Estado Moderno como de legitimidad de todas aquellas normas de acción derivadas de dicho Estado. De igual forma, estos presupuestos a la luz de la teoría de la acción comunicativa posibilitan seriamente la corrección de los errores del proyecto ilustrado, y en efecto, una emancipación frente a la racionalidad instrumental.

La otra conclusión dominante y también consensual para destacar, es derivada del gran trabajo del profesor de Harvard John Rawls. En este caso, la idea de un modelo político de justicia con equidad, cobra valor a partir del rescate de Rawls de las condiciones morales de los hombres libres e iguales y con ellos las condiciones que de ello se derivan en una democracia racional. Lo trascendental de la propuesta de Rawls, es que no distingue condiciones de ventajas o de desventaja históricas, para el autor todos somos iguales por tener una capacidad moral y racional, de la cual nos servimos y nos permite distinguir el bien del mal y los acuerdos que públicamente se han convenido, sin renunciar a las

doctrinas y creencias individuales de cada uno, pues estas nunca serán superiores a lo acordado en un consenso entrecruzado públicamente.

Por su parte, la solides de la propuesta teórica de Dworkin en el poderío de Hércules para defender los derechos fundamentales en serio a través de la comprensión del sistema jurídico como integralidad, cobra un valor sustancial a través del dialogo e inclusión de las criticas Hartianas a la propuesta de Dworkin, pues como bien se evidencio en este trabajo, el derecho como integralidad demanda un juez trascendente un poco “utópico”, pero que requiere que se le recuerde que existe la tierra, es ahí donde Hart, entra con razones empíricas que dan muestra de la imperfección del sistema jurídico, y que hacen necesario la discrecionalidad del juez, para proteger derechos fundamentales y todo intento por lesionar la dignidad la humanidad.

En suma, el mundo del holocausto que recientemente se superó, no puede volver a repetirse, el precio de la historia fue y ha sido grande y por ello en síntesis no retornará porque tres respuestas iusfilosóficas han de estar presente, de un lado Jürgen Habermas, de otro lado John Rawls y finalmente Hart y Dworkin desde la flexibilidad de las reglas jurídicas y la principialistica conducente a la tutela judicial efectiva de las garantías constitucionales por parte del juez constitucional.

Referencias.

Aranguren, W (2015). Modernidad y desarrollo humano: elementos discursivos y controversiales. En *Negotium*, vol. 11, núm. 32, pp. 52-67

Atienza, M. (2009). Sobre la única respuesta correcta. *Rev.: jurídica*. Universidad de Caldas. Manizales (Colombia), 6(2): pp 13 - 26.

Bonorino, P & Peña, J. (2002). Filosofía del derecho. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. Bogota.

Bourdieu, P. & Teubner, G. (2005). La fuerza del derecho. Estudios preliminares de Carlos Morales de Setien Ravina. Edición Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Siglo del Hombre. Bogota.

Caballero, J. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. Revista Voces y contextos Otoño, núm. II, año I.

Chacón, F. (2010). Rawls y Nozick: Dos enfoques, dos teorías, dos perspectivas sobre un mismo agro ingreso seguro Universidad de Rosario. Estudios. Bogotá (Colombia) N° 7.

Chavarro, D. (2006). La legitimación del derecho en Habermas. Revista precedente.

Dwork, D. (2016). Trabajar con la historia del Holocausto. En Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. LXI, núm. 228, pp. 235-246.

Eberhardt, M. (2015). Democracias representativas en crisis. Democracia participativa y mecanismos de participación ciudadana como opción. En Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 17, nº 33. Pp. 83-106. doi: 10.12795/araucaria.2015.i33.04

Echeverria, C. (2008). El imperio de la discrecionalidad judicial. Rev. Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 8, No. 1. Cali, 1.

Escudero, R. (2004). Los calificativos del positivismo jurídico: El debate sobre la incorporación de la moral. Derecho internacional eclesiástico y filosofía del derecho. Universidad Carlo III de Madrid España. Edición Thomson Civitas. Madrid.

Fabra, P. (2008). Habermas: lenguaje, razón y verdad. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas. Marcial Pons. Madrid.

Garcia, J. (s.f). Legitimidad y derechos humanos. (s.e). En http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/legitimidad_y_dchoshnos.pdf

Garcia, J. (s.f.a). Habermas y el derecho. (s.e). En <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/habermasds.pdf>

Guzman, M. (2006). Aportes de la teoría de la justicia de John Rawls y Amartya sen, en la internacionalización de la teoría samitaria. Revista Colombiana de filosofía de la ciencia. Vol VII num pp. 14-15.

Habermas, J. (1993). El discurso filosófico de la modernidad. Editorial Taurus humanidades. Madrid.

Habermas, J. (1998). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Editorial Trotta. Tercera Edición. Madrid.

Hoyos, G. (2003). Ciudadanía, democracia y valores en sociedad plurales. En: Monografías Virtuales. Bogota.

Huhle, R. (2011). Hacia una comprensión de los "crímenes contra la humanidad" a partir de Nuremberg. En Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, núm. 2, pp. 43-76.

Hoffmann, S. (1998). El liberalismo político de John Rawls ¿otra utopía? Lecturas de economía. Num 48. Medellín.

Masciotra, M. (2016). El poder discrecional de los jueces. En Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Num 41

Mejia, O. (2012) Restos y desafíos de una constitución amenazada. El ambate autoritario contra la constitución del 91. En Aportes para una filosofía del sujeto, el derecho y el poder. (Coordinador). Universidad libre. Facultad de filosofía y derecho. Bogota D.C. pp. 211-212.

Malishev, M. (2014). Kant: ética del imperativo categórico. En La Colmena 84, pp. 9-21

Migliore, J. (2002). Introducción a John Rawls Colección año VIII Nº 13.

Nateras, M. (2008). Reseña de "Crítica de la razón instrumental" de Max Horkheimer

Espacios Públicos, vol. 12, núm. 24, pp. 237-240

OST, Francois. (s.f). Júpiter, Hércules y Hermes. Tres modelos de juez. Trad de Isabel Lifante Vidal Rev. Cuadernos de filosofía DOXA. España

Rawls, J. (2002). La justicia como equidad. Una reformulación. Edición a cargo de Erin Kelly.

Rentería, A. (2017). Hart, Dworkin: reglas y principios. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Especial XX Aniversario N° 20, pp. 113-128

Ricciutti, E. (2006). Ideología y política en el Estado fascista. En Politeia, vol. 29, núm. 36, pp. 39-58

Rodríguez Serpa, F & Ospina Salinas, S. (2009). El juez tropos en el marco del Estado Social de Derecho y la garantía al debido proceso. En Revista Justicia, No. 16 - pp. 53-61